

# 刑事訴訟における自白法則と その他の証拠法則との関係

元法科大学院教授 山本 和昭

はじめに

第一 自白法則

第二 自白法則と違法収集証拠排除法則との競合

第三 違法採取自白の波及効

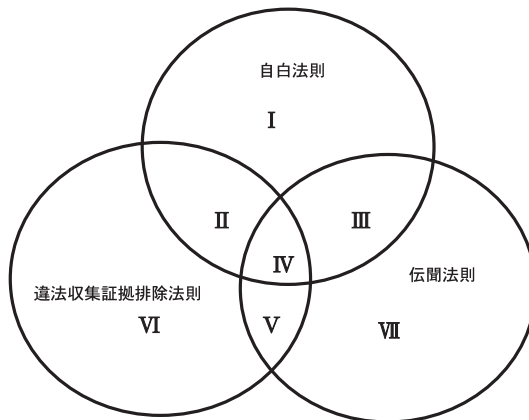
第四 自白法則と伝聞法則との競合

第五 自白法則といわゆる共犯者の自白

おわりに

## はじめに

法科大学院で6年間刑事訴訟法Ⅰ、Ⅱ、刑事法演習（刑事訴訟法重点）、刑事実務演習、刑事法文書作成の各科目を教えた経験から、自白法則（法319条）は最も基本的なプリンシプルでありながら、学生にとっては十分な理解が行き届いていないのではないかと痛感しました。田宮教科書（参考文献Ⅰ）やケースブック（参考文献Ⅱ）を教材に使ってきましたが、これらをより理解を深める一助として貰いたい気持ちから本稿を執筆しました。



上図を見て下さい。刑事訴訟における3つの証拠法則である自白法則、違法収集

証拠排除法則、伝聞法則の関係は如何にあるべきか、各法則の適用が重なり合う場合があるか、あるとすればその解決は如何にすべきかあるべきか、これが本稿の主題です。結論から先に言えば

①自白法則については、主観説（任意性説＝虚偽排除＋人権擁護）と客観説（違法排除説）の対立があり、主観説が法319条の解釈論から実務の主流であることを前提とすれば、自白法則と違法収集証拠排除法則とは、ⅡとⅣの領域で競合する（証拠能力が認められないのは、次の3つの場合です。i）自白の任意性は認められるが、違法収集証拠排除の要件を充たす。ii）違法収集証拠排除の要件はないが、自白の任意性がない。iii）不任意自白であると同時に、違法収集証拠排除の要件も充足している。）。②

伝聞法則は、法廷外供述を排除しようとする考え方であるから、捜査官の作成した自白調書など法廷外の自白について、自白法則と伝聞例外法則とは、ⅢとⅣの領域で競合する（自白調書＝伝聞証拠たる自白であるから、任意性および伝聞例外の両要件が備わらなければ、証拠能力はない。）ということになります。

なお、図Ⅳの領域では3つの原則が競合して適用されることになりましょう（上記①プラス②）。

## 第一 自白法則

### 1 法319条の趣旨

まず、関連する憲法の諸規定をみておきましょう。

憲法38条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」（*privilege against self-incrimination*）とし、刑事訴訟法146条がこの考え方を受けています。この規定は、英米法では、被告人の証人適格を肯定した上、被告人をその意思に反して不利益な証人とすることが許されないとするところにあります。ところが、わが刑事訴訟法は、被告人の地位と証人の地位は両立しないとの大陸法の考え方を前提として、被告人の証人適格を否定する建前をとったと一般的に考えられています。

憲法38条2項は法319条1項（自白法則）と、憲法38条3項は法319条2項（補強法則）とそれぞれ対応しております。しかし、憲法の規定を単に敷衍したに過ぎないものか適用範囲を更に拡張したものかについては議論があります。また、自白法則を違法排除の観点から捉えようとする後述の違法排除説、あるいは、法319条以外に違法収集証拠排除を考える立場に立つと憲法31条の適正手続条項が表面に出てきます。自白と憲法規定との関連は、まだ解決していない論点を含んでいます。

自白 (confession) は、「承認」(法322条 <admission>) の一種です。「承認」は、自己に不利益な被告人の供述であって、自白よりも広い概念であり、間接事実の供述などを含みます。これに、対し、「自認」(法319条3項) は罪責を承認する供述であって、自白よりも狭い概念ですが、法319条3項により、自白と同様に扱われます。これを図示すれば、以下のようになります。

自認    〈   自白    〈   承認

自認、自白、承認ともに任意性は要請されますが、自白を除く承認には補強証拠は不要とされています。

## 2 不任意自白排除の根拠 (判例・学説の系譜)

不任意な自白に証拠能力を認めない (Involuntary confessions are never admissible.) とする根拠はどこにあるのでしょうか。ご承知のように、学説は分かれています。この学説のどれをとるかが次に出てくる違法証拠排除法則との関係等の諸問題を考える上での分岐点となります。

### 〔甲説〕虚偽排除説

虚偽排除説は、任意性のない自白は虚偽が混入しているおそれがあり、誤判防止のため排除されるべきであるとする見解です。英米で自白法則が確立したそもそもの根拠は、一定の誘導行為によってなされた自白には虚偽が多い、すなわち信頼性 (reliability) に乏しいから、これを証拠にすることは許されないことにあったとされています。

最高裁も、この考え方の流れを酌んでいると言われています。<sup>(註1)</sup> 一例を挙げれば、昭和26年8月1日・刑集5巻1684頁「午前2時頃まで、被告人を取り調べたが、そのとき被告人を殴った」等の事実があるときは、特段の事情がない限り、任意性があるとは言えないとして、審理不尽で破棄していますが、これだけの事情があってもなお虚偽供述の有無に拘っています。

この考え方に対しては、証拠の信用性と許容性 (証拠能力) とを混同するという理論的破綻があるとか、仮に典型的に虚偽供述を生む状況があったかどうかを問題としているとしても、ケースバイケースの総合的な事実判断 (totality of the circumstances) となってしまう明確な基準とはいえないとの批判があります。加えて、強制などにより任意性のない自白であっても、後に虚偽でないことが判明すれば、甲説の考え方を徹底するとこれを許容せざるを得なくなり、憲法38条の趣旨が没却されるのではないかという議論もあります。

## 〔乙説〕人権擁護説

黙秘権を軸とする供述の自由を担保するために、それが侵害された不任意自白は排除すべきであるとする見解です。黙秘権を侵して不当に誘引されたか否か、すなわち供述者の自由意思を侵犯するか否かを問題とします。虚偽排除説が公判での証拠の利用を規制する固有の証拠法則であって、類型的に証拠価値の低いものを排除しようという原則であるのに対し、人権擁護説は、黙秘権を犯すような、取調べ方法、尋問方法を禁圧しようという意図をもった証拠採取の規制であって、証拠価値とは無関係な証拠禁止の原則であるという違いがあります<sup>(註2)</sup>。この点、違法排除説に共通しますが、他方、供述者の自由意思を侵犯するかどうかという自白する側の諸情況、したがって、自白そのものの特性を問題にする意味では、虚偽排除説と同じであって、やはりその判断は一種の事実認定にならざるを得ません。

## 〔丙説〕任意性説（〈虚偽排除＋人権擁護〉説）

虚偽排除か人権擁護かは、先に申したように、その取調べが現実供述者の心理にいかなる影響を及ぼしたかを問題とする考え方である点で共通点を有するので、両者を合体して任意性説と総称します。強制、拷問、脅迫等による自白の説明には、人権擁護説は判りやすいのですが、約束自白については、当該約束が供述するかどうかの動機に影響することはあっても、供述することの意思決定の自由そのものを制約するわけではないので、約束自白を人権擁護説で説明することは困難です<sup>(註3)</sup>。虚偽排除説、人権擁護説の長短を補って、法319条における自白排除の範囲を包括して並列的に挙げて解釈しようとする考え方です。いずれにしても、供述者の自由意思（a product of the defendant's free and rational choice）に基礎を置く任意性説をとるときは、供述者の主観的事情にかかわる取調べ過程を詳細に認定せざるを得ないという点は残りますので、その事実認定には困難を伴います<sup>(註4)</sup>。

## 〔丁説〕違法排除説

任意性のない自白は、違法な手続により得られた結果として、排除されるべきであるとする見解です。

任意性のない自白を排除する基準を、自白それ自体に求めるのではなく、自白を採取する捜査手続の適正に求めて、違法な手続により得られた自白は排除されるべきだという考え方です。違法収集証拠排除法則の適用をしてゆこうというのです。田宮教授が提唱され、支持者が増えていきます。この説は、憲法31条の適正手続条項を自白採取過程における手続の適正・合法を担保する総括的な規定と解釈するので、憲法38条2項は単なる注意規定にすぎないとされるに至っています。

しかし、この説に対しても、全てを違法排除で説明することに種々の批判があり、憲法38条2項や法319条1項の明文の規定が存するのに、これら二つの規定を無視するような解釈はできないのではないかという任意性説からの反論があります。

ところで、次のいわゆる切り違え尋問事件に係る判例は、各論者の立場でとらえ方が異なります。

【判例Ⅰ】最高裁昭和45年11月25日大法廷判決・刑集24巻12号1670頁、参考文献Ⅱ510頁

「・・捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法319条1項の規定に違反し、ひいては憲法38条2項にも違反するものといわなければならない。

これを本件についてみると、・・・・、P検察官が、被告人の取調にあたり、『奥さんは自供している。誰がみても奥さんが独断で買わん。参考人の供述もある。こんな事で2人共処罰される事はない。男らしく言うたらどうか。』と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件被疑事実につき、同検察官は被告人に対し、前示のような偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある。要するに、本件においては前記のような偽計によって被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によって得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下において作成された司法警察員に対する自白調書は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない。」

この判示につき、田宮裕「生き返った自白法則」ジュリスト470号107頁1971は、明らかに適正手続の理念を根底におき、自白の性質・内容を詳細に検討することなく、尋問方法の厳禁（違法）を問題とし、「最高裁は、偽計による尋問という方法自体を単独にとりあげて、その他の諸状況をことこまかく検討するまでもなく、自白の証拠能力を否定したのである。・・・・[判示は]違法排除の当然の帰結を伝統的タームでしめくくったものと解するのが正しいであろう。」とし、従来の立場に対して、違法排除説へのコペルニクスの転回を示した判断であると評価します。

これに対し、松尾浩也「偽計による自白の証拠能力」警察研究44巻4号93頁1974は、「本判例のレイシオ・デシデンダイが何であるかを厳密にとらえようとすれば、本件は虚偽排除説の系列に立つものといわなければならない。何故なら、上告の対象となった具体的な事案に対する判断においては、つねに『虚偽の自白を誘発するおそれ』が考慮されているのであり、偽計の使用を戒めた部分は、明らかに抽象論、すなわちオバイタ・デイクタにすぎないからである。」としています（参考文献Ⅱ512頁）。

なお、下村幸雄「偽計による自白の証拠能力と憲法38条2項」判例タイムズ260号115頁1971は、判決が任意性という語も用いている点から、違法排除への展望をもった人権擁護説的立場であると評価します。

本判決の文言からすると、自白排除の根拠としては、人権擁護を加味しながらも、依然として虚偽排除説によっていると解されますが（川出敏裕「偽計による自白」参考文献Ⅲ159頁）、自白内容の真偽を問うことなく、むしろ取調べ方法に着目している点から、その認定方法については違法排除説に大きく一步を踏み出したものと評価できます（鬼塚賢太郎・最高裁判例解説刑事編昭和45年度412頁）。

ところで、自白の根拠について、最も基本となるのは、虚偽排除説〔甲説〕と違法排除説〔丁説〕の考え方です。いろいろ具体的に生起する課題に遭遇した場合、虚偽排除の考え方と違法排除の考え方の両極端から演繹していくと、問題解決のヒントが得られることがあります。例えば、違法採取自白の波及効（第五参照）を考えるとときに役立ちます。

註1 例えば、最大判昭和23年7月14日刑集2巻8号856頁、最判昭和27年3月7日裁判集6巻387頁、最判昭和28年7月10日裁判集7巻1474頁。また、任意性の判断を避けて自白の真实性（事実認定）を問題にするものとして、最判昭和57年1月28日刑集36巻1号67頁（いわゆる鹿兒島夫婦殺し事件）、最決昭和57年3月16日判時1038号34頁（いわゆる大森勸銀事件）。

註2 田宮裕「刑事訴訟法入門」183頁1973。参考文献Ⅳ228頁も、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白」は、証拠禁止であると明瞭に述べています。また、高田卓爾「刑事訴訟法〔2訂版〕」220頁1984は、「人権擁護の点を重視する立場からいえば、自白を手がかりとして獲得された証拠をも排除するのであれば論理は一貫しない。」と強調します。

註3 大澤裕「自白の任意性とその立証」刑事訴訟法の争点〔第3版〕171頁2002、香城敏磨「黙秘権の侵害による自白」判タ397号24頁1978

註4 田宮裕「取調と自白法則」捜査の構造285頁1971、法曹会「例題解説刑事訴訟法（二）〔三訂版〕」43頁1995

## 第二 自白法則と違法収集証拠排除法則（The Exclusionary Rule）との競合（図面Ⅱ，Ⅳの領域）

### 1 証拠物に関する違法収集証拠排除法則

わが国の判例は，ながく違法収集証拠の証拠排除を認めませんでした。それは，いくら違法に集められた証拠であっても，物自体の性質，形状に変化はなく，その証拠価値に変わりがないから，真相に合致している限り無視すべきではないという要請が強く働いたこと，違法な職務活動をした官憲はそのことで処罰ないし服務規律違反を問えばよいという考え方が支配的であったからです（最高裁昭和24年12月13日判決・刑事裁判集15号349頁）。しかし，判例Ⅱ判決に至り，証拠収集手続が令状主義の精神を没却するような重大な違法があり，証拠の許容が将来の違法捜査の抑制の見地から相当でない場合には，その証拠能力は否定される<sup>(註5)</sup>として，違法収集証拠に関する排除法則の採用を認めました。

【判例Ⅱ】最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決・刑集32巻6号1672頁，参考文献Ⅱ605頁（25－Ⅰ事件）

「刑罰法令を適正に適用実現し，公の秩序を維持することは，刑事訴訟の重要な任務であり，そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要である。」，「証拠物は押収手続が違法であっても，物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく，その存在・形状等に関する価値に変わりのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると（A），その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは，事案の真相の究明に資するゆえんではなく，相当でない。」，「事案の真相の究明も，個人の基本的人権の保障を全うしつつ，適正な手続のもとでなされなければならない。」，「ことに憲法35条が，憲法33条の場合及び令状による場合を除き，住居の不可侵，搜索及び押収を受けることの権利を保障し，これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること，また，憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると，証拠物の押収等の手続に，憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり（B），これを証拠として許容することが，将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない（Γ）と認められる場合においては，その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」（アンダーラインおよびギリシャ文字は筆者）

## 2 自白調書等の供述証拠にも違法収集証拠排除法則が働くか。

上記判例のA部分に関連した問題点です。

アメリカ合衆国最高裁は、ウォーレンコート（1953-69）の1960年代に、合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項を積極的に活用し、主要な刑事手続上の諸権利はすべて州にも適用されることを明らかにしました。その結果、今日のアメリカでは、自白であると有体物であるとを問わず、違法に獲得された証拠はすべて排除するといういわば合一的な排除法則が成立しているといわれています。わが国でも、次第に違法採取自白を排除する傾向にあるといつてよいと思います。後記判例Vも、「自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はない」としています（参考文献Ⅲ519頁46間）。前掲判例Ⅱが証拠物について違法収集証拠排除法則を認める根拠は、①適正手続の保障、②司法の無瑕性・廉潔性の保持、将来の違法捜査の抑止の3つですが、証拠物のみならず、自白供述についても、3根拠は当てはまるはずだから、同法則を適用できない理由はないと思われます。違法収集証拠排除法則は、沿革的に証拠物について議論されることが多かったのですが、それは、供述証拠については従来証明力に影響を及ぼすかどうかという形で争われることが多かったためであると考えます。また、違法の重大性という観点からみると、物証（違法押収）に比し、供述証拠（違法拘束等）が問題となるケースは少なくないと思われま<sup>(註6)</sup>す。

ところで、Bの根拠とΓの根拠との関係については、学者間で激しい争いがありますが（参考文献Ⅰ402頁以下、田口守一「刑事訴訟法〔第5版〕」359頁2009）。筆者は両要件を必要とし、Γだけで証拠排除できるという説には与しません。また、認定の問題に限れば、Bの根拠がある限り原則Γも存在すると思えま<sup>(註8)</sup>す（後述第34末尾部分参照）。

## 3 供述証拠たる自白について違法収集証拠排除を適用するに当たり、「違法の重大性」、「排除の相当性」の排除基準で処理すべきか。

もう一つの問題点は、違法収集証拠排除法則を供述証拠に適用する場合に、違法排除の基準につき、書証と物証とで異なる別々の基準を見出してゆくか、書証と物証とで「重大違法」、「排除相当」の同じ基準でゆくかの問題があります（上記判例ⅡのB、Γの部分）。同じく証拠である以上、同一の基準でゆくのが正しいと思います。証拠物は保存性があり、証拠としての証明力が高く、作為的あるいは誤解などによる虚偽の内容を含みやすい供述証拠とは趣を異にするという側面はありま



す。しかし、それは、証拠評価つまりは証明力の問題であって、法廷に顕出できるかどうかの証拠能力の段階で区別を設けるべきではないと思います。田宮教科書は、重大な違法の要件を要請していませんが、実体的真実の要請との調和から見て要件が緩すぎると思います。共通の要件を求めるべきだと思います。<sup>(註9)</sup>後掲判例Ⅲは、「憲法や刑事訴訟法の所期する基本原則を没却するような重大な違法」との判断基準を示しており、判例Ⅱとの均衡上、適正な基準であると思います（なお、判例Ⅳは、「手続の違法が重大」と述べているに止まります。）。

ただし、後述4の二元論においては、法319条1項の任意性の有無の判断については、供述人の意思に影響を与えたかどうかの問題ですから、任意性が肯定される限り、違法性の重大性判断は不要だと解されます。

#### 4 自白法則と違法収集証拠排除法則との関係

供述証拠にも違法収集証拠排除法則が適用になるとすると、自白が排除されるには、証拠法則としての任意性の原則が問題となる場合と違法収集証拠排除法則が適用される場合とがあり、法319条の条文内でこれらを統一的に説明することはできませんから、法319条の問題としては、任意性説の立場（第一で述べたところの〔丙説〕で要件を考え、違法採取自白の点は違法収集証拠排除法則を使って問題を処理したいと考えます。学説の中には、第一に掲げた丙説一本槍（任意性一元論）あるいは丁説一本槍（違法排除一元論）を主張する学者もいますが、二元的に捉えるのが正しい方向だと思います。<sup>(註10)</sup>アメリカ法をみても、自白法則と違法収集証拠排除法則は、沿革、適用領域を異にしており、これを継受したわが国の憲法、刑事訴訟法の解釈としても、一元的にのみ捉えることには無理があると考えます。

田宮教科書は、不任意自白として、法319条によって自白の証拠能力が否定されるのは自白の獲得手続が違法であるからだとしますが（参考文献Ⅰ349頁）、この見解によれば、自白法則は、違法収集証拠排除法則に包含されてしまうことになります。これは、全て違法排除で処理する立場であり、自白法則は、違法収集証拠排除法則にすっぽり含まれるとします。しかし、前述したように、違法排除一本で解決することには無理があると思います。

後記判例Ⅵで大阪高裁は、「違法に採取された自白の排除の中には、（1）憲38条2項、刑事訴訟法319条1項の『強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁されたのちの自白』のように虚偽排除の思想をもちつつも、むしろ人権擁護の見地から人権侵害を手段として採取された自白の証拠使用が禁止されるもの、

(2) 刑事訴訟法319条1項の『その他任意になされたものでない疑いのある自白』のように、約束、偽計など主として虚偽排除の見地から虚偽の自白を招くおそれのある手段によって採取された自白の使用が禁止されるもの、(3) 憲法31条の適正手続の保障の見地から自白採取の手続過程に違法がある自白の使用の禁止が問題とされるもの、例えば他事件による勾留の違法な利用、黙秘権の告知・調書読み聞けの欠如等がある。」として、総合的に自白の証拠能力を取り扱っています。中谷判事は、この大阪高裁の判断につき、上記自白排除の分類を使って違法証拠排除法則ないし毒樹の果実論との連動性を確認したことに意義を認めておられます。自白排除が問題となる場面は様々で前述のように多くの要因が競合することも多く、大阪高裁判決のように整理しきれんかはやや疑問なしとしませんが、一つの解決方向を示した功績は大きい<sup>(註11)</sup>と思います。

**【判例Ⅲ】** 千葉地裁平成11年9月8日判決・判時1713号143頁（いわゆるロザール事件地裁判決）

本件は、フィリピン国籍を有する被告人が夫および長女と別居し、被害者と同棲していたが、病気の長女が運ばれた病院に行こうとしたところ、病院に行かせまいとして別れ話や長女の死まで口にした被害者の情のない言動に逆上し、けんか口論の末、平成9年11月9日午後10時36分過ぎころから午後11時少し前ころまでの間、殺意をもって、被害者の頭部、頸部等を三徳包丁で突き刺すなどして頸部刺創による脳障害のため死亡させたとして、殺人罪で起訴された事案であります。

公判で、被告人は、公訴事実に係る行為は一切しておらず、無罪である旨主張し、犯行を認める被告人自筆の上申書および自白の任意性および信用性を争いました。

本件において、警察は、11月10日の任意同行以降、当初の2日間は、被告人を取り調べた後、長女の入院する病院に送り届けました。しかし、長女が退院した後は、被告人を警察官等の手配した警察官宿舍の婦人用の空室に2泊、市内のビジネスホテルに5泊させるなどしました。病院では、病室出入口付近に警察官を待機させ、婦警用の空室では、仕切戸の外された隣室に婦人警察官を配置して同宿させ、ビジネスホテルでは、室外のエレベータ付近のロビーのような所に婦人警察官を待機させるなどして、被告人の挙動を監視しました。また、被告人の宿泊場所と警察署との往復に当たっては、警察の車で送迎をしました。

被告人は、平成9年11月18日に被疑者として取調べを受け、翌19日の午後になって犯行を認めて「上申書」（乙3）を作成し、同日逮捕されました。しかし、上記のような取調べがなされたことから、被告人の上申書、その後の供述調書の証拠能

力が問題となりました。被告人が犯行を認めたのは、上申書と検察官送致のあった20日付け検察官調書（乙4）と24日付け検察官調書（乙6）だけで、被告人は、その余の取調べでは否認し、否認調書が作成されております（乙5、乙7以下）。

判決は、「被告人に対する捜査官らの一連の措置は、全体的に観察すれば、任意取調べの方法として社会通念上相当と認められる方法ないし態様および限度を超えたものとみるほかなく、違法な任意捜査といわざるを得ない。」しかし、「当時の捜査官らにとってみれば、殺人事件という事案の性質、重大性等にかんがみ、日本国に適当な宿泊場所を有せず、宿泊の手立てを持ち合わせていない被告人のために、その了解の下に、安全な宿泊場所を緊急に確保した上、捜査に協力する姿勢を見えていた第一発見者かつ重要参考人であった被告人から、被告人と夫との結婚生活、結婚生活が破綻するに至るまでの経緯、被害者と知り合った経緯、被害者との生活状況、被害者の妻の行動、被害者の交友関係、被害者の仕事の関係、被害に遭う前の被害者の行動、被害者の死体を発見するに至るまでの経過および発見時の状況等の真相を明らかにするための諸事情を詳細に聴取する必要性および緊急性が極めて高かったものと考えられる。」「一連の任意取調べの過程で、捜査官の側に、自白収集目的で違法な任意同行に及んだとか、逮捕時間の潜脱等の意思があったというような点をうかがわせる証拠はみとめられない。」「以上の諸般の事情を総合して考慮すると、被告人に対する任意取調べの違法の程度は、憲法や刑事訴訟法の所期する基本原則を没却するような重大な違法であったとまではいえない。」（アンダーラインは、筆者）として、違法収集証拠排除法則の見地から検討しても、証拠能力は認められると結論付けました。

## 5 任意性の判断と違法収集証拠排除法則適用の判断との先後関係

自白法則とは別に違法採取自白として違法収集証拠排除法則の適用を考えるべきだという二元論は、両法則のいずれを優先させるべきかを巡ってさらに考え方が分かります（参考文献Ⅱ519頁51問）。

【甲説】 第一の考え方は、まずは、自白法則のみでの解決をめざし、任意性に疑いがないとされた場合のみ、違法収集証拠排除法則からの検討を補完的にすべきであるとします（補完説）。自白の証拠能力を判断する場合、自白法則の適用すなわち任意性の有無を実定法に則して検討し、個々の事案における具体的事情を考慮して、心理的強制下で、虚偽の自白をするおそれがあるか否かを検討し、任意性ありと判定された後に、著しく不当な捜査手段とか法令に違反する捜査手段が用いられたケ

ースなどについて、一定の要件の下に違法収集証拠排除法理の適用について検討をするのが適当であるとの実務上の見解が従来一般的でした（参考文献Ⅷ65頁）<sup>（註12）</sup>。

判例Ⅲもこの考え方に従っています。すなわち、上申書および自白調書の証拠能力の問題につき、判決は、「そこで、改めて検討するに、弁護人の主張にかかわる主要な争点は、第一に、いわゆる自白法則に照らして、上申書および各自白調書中の自白に任意性があるといえるかどうか、第二に、違法収集証拠排除の一般原則の見地からみて、被告人に対する任意同行およびその後の宿泊を伴う一連の取調べの過程で作成された上申書および逮捕ないし勾留後に作成された各自白調書を証拠として許容できるかどうか、という2点にあると解することができる。」としました。その上で、まず、自白法則の適用の有無を論じ、任意性を肯定しました。「次に、自白自体に任意性が認められたとしても、先行する捜査手続に違法があった場合には、その違法がその後に収集された自白の証拠能力に影響を及ぼし、当該自白が証拠から排除されなければならない場合があると考えるのが相当である。」とし、捜査に違法はあったものの、違法は重大なものではないとして上申書および検察官調書の証拠能力を認め、これらの証拠から殺人罪が成立するとして、被告人を懲役8年に処しました。

【乙説】 次は、まず違法収集証拠排除法則の適用を先行させるべきであるとする考え方です。

【判例Ⅳ】 東京高裁平成14年9月4日判決・判時1808号144頁、参考文献Ⅱ517頁21－⑦事件（いわゆるロザール事件高裁判決）

前掲判例Ⅲの控訴審判決です。本判決は、原判決と同様に捜査は違法であるとした上、さらに、違法に獲得された証拠あるいはこれに由来する証拠である上申書および検察官調書の違法性の程度は重大であり、本件証拠の証拠能力は否定されるべきであるとして原判決を破棄しました。

この判決の特徴点をみると、自白法則と違法収集証拠排除法則との適用の先後関係について、「本件においては、憲法38条2項、刑事訴訟法319条1項にいう自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断（相当な困難を伴う）するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当であると思われる。」と判示します。

本東京高裁判決によれば、「本件の捜査方法は社会通念に照らしてあまりにも行

き過ぎであり、任意捜査の方法としてやむを得なかったものとはいえ、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであるというべきである。本件上申書（自白・乙3）は、任意取調べの最後の日に被告人が作成した書面であって、上記事情に照らせばこの任意取調べの結果得られたものである。また、検察官調書（自白・乙4、6）は、任意取調べに引き続く逮捕、勾留中に獲得されたものであるが、捜査官は被告人の着衣に被害者と同型の血痕付着が判明しても直ちには被告人を逮捕せず、2日後に上記被告人の上申書（自白）を得て通常逮捕したものであり、逮捕状請求に際してはこの上申書も疎明資料として添付されていること（逮捕状請求書中の「被疑者が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由」欄にこの上申書の記載がある。17冊602丁）などからすると、本件上申書が有力な証拠となって逮捕、勾留の手続に移行したと認められ、本件検察官調書（乙4、6）はその過程で得られた証拠である。また、被告人にとっては、直前まで前記のような事実上の身柄拘束に近い状態で違法な任意取調べを受けており、これに引き続き逮捕、勾留中の取調べに進んだのであるから、この間に明確な遮断の措置がない以上、本件検察官調書作成時は未だ被告人が違法な任意取調べの影響下にあったことも否定できない。そうすると、本件自白（乙3、4、6）は、違法な捜査手続により獲得された証拠、あるいはこれに由来する証拠ということになる。」とします。この事案では、違法収集証拠排除法則によった方が認定し易かったかも知れませんが、論理的に同法則を先行させなければならない必然性はありません。後記丙説によってもこの判例Ⅳを支持することができます。

なお、東京高裁は、自白を除いても、状況証拠から被告人を犯人と断定できるとし、殺人罪の成立を認めて、被告人を再び懲役8年に処しました。本判決は、原判決を破棄した上で、上申書および検察官調書を除いた証拠を子細に検討して、被害者の胃内容物の状態や被害者のアルコール飲用後の経過時間等から死亡推定時刻を絞り込み、①被害現場の状況や鍵の保管状況からは、犯人が怨恨等で本件を犯した可能性が高く、犯行時に合鍵を使用して出入りしたと推認できること、②その時間帯に合鍵をもって出入りできたのは被告人以外にいないこと、③被告人が当夜身につけていた着衣には被害者の血液およびこれと同じ型の血液が付着していること、④被告人と被害者との間に口論等が全くなかったわけではないこと、⑤血痕付着やアリバイなどに関する被告人の弁解には不自然な部分があることなどの状況証拠を総合的に判断して、被告人を犯人と認定しました。

【丙説】 第三は、自白法則と違法収集証拠排除法則とは、一部重なり合うので、い

ずれの法則から出発して排除してもよいという考え方です（観念的競合説、本稿の立場）。

これまで述べてきたところから明らかなように、自白法則における任意性は、供述人の側からみて供述意思が抑圧さえられ、虚偽の供述に及ぶような状況にあったかどうかという主観的側面に着目する（いわば主観説）のに対し、他方、違法収集証拠排除法則の違法性は、取調官の側からみて適法な証拠採取の的行われたか否かという客観的側面から観察します（いわば客観説）。このように考えると、自白法則の適用される場面と違法収集証拠排除法則の適用される場面とはズレがあるものの、一部重なり合うので、いわば観念的競合の関係にあるというべきです。丁度、図面のⅡとⅣの領域で重なり合うことになります。どちらが、優先するかはの序列はこれまで述べてきたところから理屈として存在しないと思います。どちらを登山口として山を登ってよいのです。双方の法則から証拠能力を吟味することは特段煩瑣ではなく、実際面において検討が多重的・重疊的に行われることになりますから、排除されるべき自白が確実に排除されるというメリットがあります（参考文献Ⅸ41頁）。

判例実務において、不任意ないし違法採取自白がどのような捉え方で排除されてきたのでしょうか。愛媛大学法文学部の関口和徳講師が自白の任意性問題を取り扱った昭和23年から平成20年までの間の最高裁45例、高裁89例、地簡裁60例合計194例の判例について、逐一丹念に調査・検討されました。その成果は、北大法学論集に登載されていますが（参考文献Ⅹ（6）ないし（8））、筆者は、その結論部分だけをひろって集計してみました。194例のうち、虚偽排除説に依拠して判断をし、あるいは同説に親和性を示したものと考えられる判決が54例（最高裁12例、高裁34例、地・簡裁8例。28%）、人権擁護説に依拠して判断をしたものと考えられる判決が6例（最高裁1例、高裁2例、地裁3例。3%）、任意性説に依拠して判断したものと考えられる判決が90例（最高裁24例、高裁34例、地裁32例。46%）、違法排除説に依拠して判断をし、あるいは同説に親和性を示したものと考えられる判決が41例（最高裁7例、高裁17例、地裁17例。21%）、その他3例となりました。これからの結果から見ても、これまでの裁判実務が自白の任意性の存否について被疑者の心理を基本において判断してきたことが明確に判ります。このような従来の裁判実務を無視ないし軽視し、違法排除一本で処理しようというのは無理な話であります。と同時に、本調査結果は、被害者側の主観のみでは全てを捉えきれないことをも表わしております（参考文献Ⅸ41頁は、「間隙にある自白」と表現しています。）

また、両者が混じり合っている領域もあります。同じ基礎事情が心理的強制下の虚偽自白を誘発するおそれに繋がると同時に重大な違法を形成するケースもあります。これらは、私の主張する二元論・観念的競合説に有力な論拠を与えてくれているといつてよいでしょう。<sup>(註13)</sup>

註5 椎橋隆幸「証拠排除の要件」参考文献Ⅲ196頁

註6 小早川義則「毒樹の果実」刑事訴訟法の争点〔第3版〕196頁2002

註7 参考文献Ⅵ406頁、Ⅶ64頁、Ⅷ41頁、石井一正「刑事実務証拠法〔第5版〕」263頁2011、法曹会・註4の文献46頁、古江頼隆「事例演習刑事訴訟法」209頁2011、角田正紀「違法な身柄拘束中の自白」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕169頁1993。大野恒太郎「『自白〔検察の立場〕』刑事手続下807頁1988は、供述には意思決定が介在する構造的特性を有するから、自白法則とは別個に違法収集証拠排除法則の適用を認めることは妥当でない」とします。

註8 「重大な違法」と「排除相当性」との関係については、重畳説（参考文献Ⅰ403頁、Ⅶ62頁）と競合説（田口守一「刑事訴訟法〔第5版〕359頁2009）とが主張されています。後者は、重大違法がなくても、その違法が頻発性をもつ場合などには、排除法則を適用できるとしていますが、判例Ⅱの文言から離れ、単なる政策論に陥っている気がします。また、排除相当性は違法捜査の抑制、すなわち捜査官に対する教育的効果だけを指すものでもないと思います。

註9 参考文献Ⅵ407頁、Ⅶ64頁、石井一正・註7の文献263頁、古江頼隆・註7の文献210頁、中谷雄二郎「接見制限と自白」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕157頁1992、池田修「接見制限と自白」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕171頁1993、谷口啓一「弁護権侵害による自白」判タ397号30頁1979

註10 古江頼隆・註7の文献212頁、田口守一・註8の文献359頁。いわゆる「重畳説」（重大な違法が違法捜査抑制対象となる）と「競合説」（重大違法または排除相当性＝違法捜査の抑制のいずれかで証拠排除される）がありますが、判例Ⅲの文言からして、前説が正しいと思われます。「排除相当性」の妥当性に力点をおくならば、その実証は極めて困難です（参考文献Ⅰ403頁）。

註11 中谷雄二郎「不任意自白に基づいて発見された証拠物」参考文献Ⅲ166頁、朝山芳史・最高裁判例解説刑事編平成15年度21頁、石井一正・註7の文献216頁

註12 参考文献Ⅳ407頁、Ⅶ137頁、中谷雄二郎・註9の文献156頁、石井一正・註7の文献263頁、田中康郎「接見制限後の自白」現代刑事法3巻2号39頁2001、池田修・前田雅英「刑事訴訟法講義〔第3版〕443頁2004、香城敏磨「黙秘権侵害による自白」判タ397号26頁1979

註13 小林充「違法な任意取調べの結果得られた自白を内容とする上申書及びこれに引き続き逮捕、勾留中に作成された検察官に対する自白調書につき、違法収集証拠としてその証拠能力を否定した事例」判時1824号198頁2003。同論文は、丙説をとっていると思われるが、自身は「択一説」と名付けています。ただ、判例Ⅳの事案の解決としては、違法収集証拠排除法則を先行させたのは相当であったと評価しておられます。同旨、参考文献Ⅷ42頁（19）

### 第三 違法採取自白の波及効（毒樹の果実論）

毒樹の果実論は違法な手続で収集された証拠（第1次証拠＝毒樹）が排除される場合は、それに基づいて得られた証拠（第2次証拠＝果実）も連動して排除されるという法理です。このうち、本稿では第1次証拠が自白である場合における違法収集証拠の波及効、すなわち、違法採取自白が毒樹とみなされるケースを考察します。次の1、2の2つの場合が問題となります。

判例Vの補足意見で、伊藤正巳判事は、「このような違法収集証拠（第1次的証拠）そのものではなく、これに基づいて発展した捜査段階において更に収集された第2次的証拠が、いわゆる『毒樹の実』として、いかなる限度で第1次的証拠と同様に排除されるかについては、それが単に違法に収集された第1次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということをもって一律に排除すべきではなく、①第1次的証拠の収集方法の違法の程度、②収集された第2次証拠の重要さの程度、③第1次証拠と第2次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである。」（番号およびアンダーラインは、筆者）とします。田宮教科書は、さらに④事件の重大性を加えています（参考文献Ⅰ406頁）。①と③は、違法の重大性、②は（④等とともに）、排除相当性の要素にそれぞれ対応するものです。

「毒樹の果実」理論が問題となるのは、①違法収集証拠と密接不可分の証拠、②違法収集証拠にその発見を負う第2次証拠、③違法収集証拠を梃子として得られた供述、④反復自白の4類型においてであるとされています。<sup>(註14)</sup>違法採取自白を第1次証拠とするのは、このうち②（後記1）と④（後記2）です。本稿では、この2つを中心に考察していきます（①と③については、後記3参照）。

#### 1 違法採取自白（confession as a poisonous tree）に基づき発見された証拠物

被疑者を取り調べることによって、盗品あるいは凶器が発見された場合、自白採取過程の違法が盗品等の証拠能力に影響するか。不任意自白あるいは違法採取自白に由来する派生的証拠の証拠物が排除されるかどうかは、自白法則なり違法収集証拠排除法則の趣旨に遡って考察することが必要です。

例えば、自白法則につき典型的に虚偽のおそれがあるので排除する場合、反復自白は別として、自白に基づく証拠物については虚偽のおそれは全くないわけですから、派生的証拠（証拠物）を排除することはできないでしょう。<sup>(註15)</sup>

これに対し、自白採取方法の違法が重大であれば、いわゆる違法収集証拠の毒樹



の果実論で処理することになります（参考文献Ⅰ349頁，Ⅴ181頁）。したがって、自白と証拠物との間に密接な関連性があるときは、当該証拠物まで排除の効力が及ぶことになります。

次の判例は、上記の自白法則における不任意自白と違法収集証拠排除法則にいう違法収集自白とを混同し、「木に竹を接いだ」理論構成の感は否めませんが、判例Ⅱが出る1年前の判決である点を考えれば、示唆に富む判決と言えるでしょう。<sup>(註16)</sup>

【判例Ⅴ】大阪高裁昭和52年6月28日判決・判時881号157頁，判タ357号337頁，参考文献Ⅲ520頁）

事案は、①大学から硝酸カリウム等の薬品類の窃取，②派出所に時限装置付き爆発物を仕掛けて爆発，③交際中の人物を殴打，足蹴にして傷害を負わせ，④アパート室内で鉄パイプ爆弾2個を製造して，これを大学体操部室等に隠匿して所持したという4個の事実からなり立っています。

検察官は，被告人の自白調書のほか，これに基づいて発見押収された鉄パイプ爆弾につき，爆弾発見情況に関する司法警察員作成の検証調書，爆弾の差押え情況に関する司法警察員作成の搜索差押調書，爆弾の性質に関する警察技術吏員作成の鑑定書等を請求しました。

第一審は，①ないし③の事実については，有罪としましたが，④については，自白調書は③の事実による勾留中の余罪の取調べであることを理由にX（被告人）が取調べを拒否したにもかかわらず，それを無視して継続された点で違法な取調べに基づくもので，供述調書34通の自白は任意性を欠く疑いがあり，上記検証調書等の各書証はその自白に直接由来するものであるから，任意性を欠く疑いのある自白の証拠能力が否定された趣旨に照らし，いずれも証拠とすることができないとして，無罪を言い渡しました。

これに対し，大阪高裁は，上述第二4の（1）と（2）（3）の区分に従い，「自白獲得手段が拷問，暴行，脅迫等乱暴で人権侵害の程度が大きければ大きいほど，その違法性は大きく，それに基づいて得られた自白が排除されるべき要請は強く働くし，その結果その趣旨を徹底させる必要性から不任意自白のみならずそれに由来する派生的第2次証拠も排除されねばならない。これに対して，自白獲得手段の違法性が直接的な人権侵害を伴うなど乱暴な方法によるのではなく，虚偽自白を招来するおそれがある手段や，適正手続の保障に違反する手段によって自白が採取された場合には，それにより得られた自白が排除されれば，これらの違法な自白獲得手段を抑止しようという要求は一応満たされると解され，それ以上派生的第2次証拠まで

もあらゆる他の社会的利益を犠牲にしてまでもすべて排除効を及ぼさせるべきかは問題である。刑事訴訟法1条は『公共の福祉の維持と個人の基本的人権を全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することを目的とする。』と規定し、犯罪の解明、真実発見と人権あるいは適正手続の保障との調和を十分考慮に入れる必要があることを明らかにしている。この場合の虚偽を招くおそれのある手段や、適正手続の保障に違反して採取された不任意自白に基因する派生的第2次証拠については、犯罪事実の解明という公共の利益と比較衡量の上、排除効を及ぼさせる範囲を定めるのが相当と考えられ、派生的第2次証拠が重大な法益を侵害するような重大な犯罪行為の解明にとって必要不可欠な証拠である場合には、これに対して波及効は及ばないと解するのが相当である。」と判示します。

その上で、「本件は爆弾の製造、所持事犯であって、公共の安全と秩序の維持という社会的法益と人の身体・財産の安全」という個人的法益からして、自白獲得手段の違法性と本件爆弾の製造、所持事犯の法益の重大性を比較衡量するとき、自白に基づく結果として発見押収された本件手投式鉄パイプ爆弾2個の搜索差押調書、検証調書、鑑定書等の各証拠は排除されるべきではないと判断しました。

第1次証拠の違法性と第2次証拠の重要性との比較衡量については、先の伊藤最高裁判事の考え方と大阪高裁の考え方とは類似していると言えましょう。

## 2 いわゆる反復自白

この問題は、特に警察捜査と検察捜査との連続性・非連続性の問題として登場します。例えば、警察で重大違法な手段を用いて取調べをした結果、自白調書が作成され、その後の検察官の取調べでも自白した場合に、検察の取調べ自体では特段の違法手段はとられなかったが、警察での違法捜査の影響が残存していたとして、検察官に対する自白調書も証拠能力を否定すべきでしょうか。

違法な勾留請求資料（毒樹）と勾留質問調書との関係について、最高裁は、次のように判示しています。

【判例Ⅵ】最高裁昭和58年7月12日第三小法廷判決・刑集37巻6号791頁、参考文献Ⅱ637頁

事案は、ホステスA方ほか近隣家屋数戸が火災で焼失した事件で放火の疑いがあるものの、いまだそれによって逮捕するに足る資料を収集し得ていなかったXを5箇月くらい前のA方への住居侵入で逮捕し、同事実の取調べ後、放火の事実についてポリグラフ検査および取調べをおこなったところ、深夜に至り放火の自白を

した。そこで、供述調書を作成し、翌日この自白調書を疎明資料にして、逮捕状をとり逮捕した。勾留請求したところ、裁判官の勾留質問に対し、Xは、「事実はそのとおり間違いありませんが、布団に火をつけて直ぐ外にでたので、燃え上がったことは知りませんでした。」との陳述をしたので、勾留質問調書が作成され、勾留状が発付されたというものです。

第1審は、第1次逮捕中に得た放火罪に関する自白は違法な別件逮捕によるものであるから、違法収集証拠として証拠能力がなく、第2次逮捕および勾留もその違法収集証拠を資料として発付された令状によるものだから違法であり、捜査官が作成したXの供述調書も違法収集証拠として排除しましたが、勾留質問調書は犯罪捜査とは本質・目的が異なる手続により適法に作成されたものであるから証拠能力があるとし、Xを有罪としました。

最高裁第三小法廷は、「勾留質問は、捜査官とは別個独立の機関である裁判官によって行われ、しかも、右手続は、勾留の理由及び必要の有無の審査に慎重を期する目的で、被疑者に対し被疑事件を告げこれに対する自由な弁解の機会を与え、もって被疑者の権利保護に資するものであるから、違法な別件逮捕中における自白を資料として本件について逮捕状が発付され、これによる逮捕中の本件についての勾留請求が行われるなど、勾留請求に先き立つ捜査手続に違法のある場合でも、被疑者に対する勾留質問を違法とすべき理由はなく、他に特段の事情のない限り、右質問に対する被疑者の陳述を録取した調書の証拠能力を否定すべきものではない。」と判示しました。

なお、伊藤正巳判事は、補足意見で反復自白については、「ここにもいわれる自白の反復がみられるのであるが、一般に、第2次証拠たる自白が第1次証拠たる自白の反復の外形を持つ場合に、第1次証拠に任意性を疑うべき事情のあるときは、証拠収集機関の異同にかかわらず、第2次証拠についてもその影響が及ぶものとみて任意性を疑うべきであるとしても、本件において、第1次的証拠につき、その収集が違法とされ、これが排除されたのは、前記のとおり、任意性には必ずしも影響を及ぼさない理由によるものであるから、単に自白反復の故をもって、直ちに第2次的証拠を排除すべきものとするのは適切でない。」としています。

以上を纏めると、i) 第一自白が自白法則による不任意自白である場合、虚偽排除の立場に立つと、第一次自白の際の心理的強制による影響が実質同一あるいは連続性を保っている限り、第2自白はやはり供述内容の虚偽性が高い、すなわち任意性に欠けると言うべきでしょう。ii) 第一次自白の採取が重大な違法手続によって

なされた場合は、第2次自白（second confession）が第1次自白の果実として（as fruit of the first）得られたかどうかは排除の可否の決め手となります。つまり第2自白が第一次自白獲得における重大な違法の影響を遮断しているか否かによって決められます。判例Ⅶ（最高裁平成15年いわゆる大津覚せい剤事件）のいうように両者間に密接関連性があったかどうかは証拠能力の有無を決する訳です。警察官調書と検察官調書との密接関連性については、①警察官取調べと検察官取調べの間の日時の間隔、②取調べ場所（検察官が警察に出張して取り調べたかどうか）、拘束場所の同一性〈移監の有無〉、③検察官が被疑者に対し、影響を遮断するための積極的措置を講じたかどうか（警察官とは別組織で役割その他が異なることを説明したか否か）、④検察官が警察捜査につき監視機能を発揮していたかどうか、⑤被疑者に警察官と検察官との区別の認識があったか、⑥自白内容に若干でも異なる新たな部分があるか、⑦弁護人の接見状況、⑧被疑者の性格・健康状態などの疎明で判断されることになるでしょう。

### 3 違法収集証拠物と自白との関係

違法収集した第1次証拠が証拠物である場合に第2次証拠として、自白が登場する場合があります。これについて簡単に触れておきますと、2つの場合が想定されます。

#### （1）違法収集証拠物と表裏一体をなす自白

例えば、覚せい剤所持事犯において、押収された覚せい剤が証拠排除されても、その鑑定結果を記載した書面の証拠能力が何らの影響を受けないというのは不合理です。この鑑定書のように証拠物の押収に当然に伴って入手された証拠については、原則として同様に排除の対象となることについて異論はないでしょう。違法収集した証拠物の被告人による説明にすぎない調書も証拠能力を否定されます。

#### （2）違法収集証拠物を梃子にした自白

例えば、令状なく違法に押収した包丁に被疑者の血痕が付着していた場合、捜査官がこれを示しながら自白を迫り、調書を作成したような場合には、その自白調書は、違法収集証拠の第2次証拠として前述の基準に従い証拠能力を排除されることになるでしょう。

#### 4 毒樹の果実論と違法の承継論との関係

違法の承継論は、一定の重大な違法手続がなされた場合、その後続する証拠収集手続自体は適法であっても証拠を排除するという法理です。毒樹の果実論と違法の承継論はいかなる関係に立つのでしょうか。

先行手続の違法が当該証拠にどのような影響を与えるかは、その証拠の排除を軸とし、収集の違法は先行行為の違法の延長線上にある問題と捉えれば、違法の承継の問題となりましょう。また、いわば違法行為を毒樹とみて、第1次証拠も第2次証拠もその果実だと把握することも可能<sup>(註17)</sup>と思います。ともかく、違法の承継の問題と毒樹の果実論とは極めて接近した理論であり、今後詰めてゆかなければならない事柄です。

この問題に関し、次の最高裁判例を見ていきましょう。

【判例Ⅶ】最高裁平成15年2月14日第二小法廷判決・刑集57巻2号121頁、参考文献Ⅱ621頁、参考文献Ⅲ200頁

事案は、次のとおりです（いわゆる大津覚せい剤事件）。

被告人Aに対して、窃盗の被疑事実で逮捕状が発付されていたが、平成10年5月1日、警察官3名は、逮捕状を携行せずにA宅に向かいました。そこでAを発見した警察官が任意同行に応じるように説得したが、Aは逮捕状を見せるように要求してこれに応じず、隣家の敷地内に逃げ込むなどしました。その後、Aは隣家から出てきたところを警察官に追いかけられ、同日午前8時25分ころ、A方付近の路上で制圧され、片手錠を掛けられ、捕縛用ロープを身体に巻かれて逮捕されました。Aは、なおも抵抗したが、警察車両に乗せられて警察署に連行され、同日午前11時ころ、警察署に到着して間もなく、警察官から逮捕状を呈示されました。なお、逮捕状には、「同日午前8時25分ころ、A方付近路上において逮捕状を呈示して逮捕した」旨の記載がなされているほか、同日付けで同旨の捜査報告書が作成されています。

Aは、同日午後7時10分ころ、警察署内で任意の採尿に応じたが、その際強制力を加えられることはありませんでした。鑑定の結果、Aの尿から覚せい剤の成分が検出されました。

同月6日、Aに対する覚せい剤取締法違反被疑事件について、A方を捜索場所とする捜索差押許可状が発付され、同日、既に発付されていたAに対する窃盗被疑事件についての捜索差押許可状の執行と併せて捜索が行われました。その結果、A方からビニール袋入り覚せい剤1袋が発見して差し押さえられました。

Aは、覚せい剤の使用および所持の事実によって起訴され、窃盗の事実について

も追起訴されました。公判では、逮捕手続の適法性が争われました。

この事件で、一、二審とも、逮捕状の不呈示の疑いは、令状主義の精神を没却するもので、その違法な逮捕状態を利用してなされたと認められる採尿、検査結果、さらに検査結果の利用による被告人の自宅の搜索の結果得られた証拠はいずれも違法性を帯びているとして、これらの証拠の証拠能力を否定して窃盗罪のみ有罪とし、覚せい剤の使用および所持については無罪としました。

この関係を図示すれば、次のようになります。

- ①違法逮捕→採尿→鑑定書（第1次証拠）・・・覚せい剤使用
- ②鑑定書→搜索差押令状発付→覚せい剤（第2次証拠）・・・覚せい剤所持

最高裁は、以下のように述べて、覚せい剤使用に関する部分の上告を棄却し、覚せい剤所持および窃盗に関する部分を破棄して差し戻しました。

「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない・・・という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、・・・逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でない（A）と認められるから、その証拠能力を否定すべきである。

・・・本件採尿は、本件逮捕の当日になされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価できる本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるといふべきである。また、その鑑定書も同様な評価を与えられるべきものである（a）。したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。

次に、本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用事実を被疑事実とし、被告人方を搜索すべき場所として発付された搜索差押許可状に基づいておこなわれた搜索により発見差し押さえられたものであるが、上記搜索差押許可状は上記の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠といふべきである。

しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された搜索許可状によっ

てなされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と併せ行われたものであることなど、本件の諸事情（β）にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと鑑定書との関連性は密接なものではない（B）というべきである。

したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。」

判例Ⅶは、①違法手続と第1次証拠との関連性および②第1次証拠と第2次証拠との関連性の双方につき、「密接な」ものであることを要求しております。この「密接関連性」は、今後の実務的判断の上で重要なキーワードとなったといつてよいと思います。

#### （1）先行行為の違法と第1次証拠との密接関連性（違法承継）

従来、同一目的・直接利用として扱われてきた問題もすべてこれに吸収されます。判例としては、密接関連性のみを基準とするに至ったものと理解してよいでしょう。<sup>(註18)</sup>しかし、密接関連性の有無を判断するにあたって、同一目的、直接利用の考え方は大いに役立つと思いますので、これまでの判例の集積は無駄ではなかったといえます。なお、違法手続と証拠との間に適法行為が介在していても、違法手続と当該証拠との間に密接な関連性があれば、違法収集証拠の概念の中に包摂されることに注意しなければなりません。例えば、違法逮捕後に、被疑者から任意の承諾を得て採尿した場合、採尿手続自体は適法なのですが、違法逮捕の違法性を承継するので、違法収集証拠となるわけです。

#### （2）第1次証拠と第2次証拠との密接関連性（毒樹果実）

毒樹たる第1次と果実たるべき第2次証拠との範囲も密接な関連性が要求されます。単に関連性が認められる場合であっても、この密接関連性の要件を欠くとして否定する原理が、アメリカ法で言われている希釈理論（attenuation or purging the taint）、独立入手源の理論（independent source）、不可避免的発見の理論（inevitable discovery）などです。判例Ⅶの担当調査官の解説によると、前記大津覚せい剤事件では不可避免的発見の理論が参考とされたようです。<sup>(註19)</sup>

#### （3）第1次証拠と第2次証拠の関連性が希薄である場合の処理

毒樹自体は重大な違法性を有するものであっても、当該果実との関連性が密接でない本事例につき、判例Ⅶは、「果実の収集手続にまで重大な違法があると評価できない」と言っています。

重大違法性と排除相当性との2つの要件の関係については、判例Ⅲの判旨を見るに、明らかに「重大な違法」の要素にプライオリティーを置いていると解されるので、堀江慎司教授の言われるように、違法が重大な場合になお個別事案毎の権衡に基づき、例えば証拠の重要性等を考慮して、排除不相当ということは、基本的に許されないというべきでしょう。<sup>(註20)</sup>第一次証拠の排除相当性に言及することなく証拠能力を否定する表現になっているのは、こういった考えが背景にあるからと思われるます。

次に、判例Ⅶにおいては、重大違法の要件は第2次証拠の段階では認められないと評価したのですから、改めて排除相当性の観点からの検討は必要ないはずです。「その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、」第2要件たる証拠排除の相当性も認められないことを念のために示し、「その証拠能力を否定することはできない。」と結論づけたものと解されます。<sup>(註21)</sup>ともかく、判例Ⅶは判例Ⅲ以後、最高裁が初めて違法収集証拠排除法則を使って、供述証拠（鑑定書）の証拠能力を否定した記念すべき事例なのです。

註14 光藤景皎「刑事訴訟行為論」305頁1974、同『『毒樹の果実』理論の意義と問題性』演習刑事訴訟法324頁1984、松岡正章「不任意自白に基づいて発見された証拠物」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕172頁1993

註15 田中和夫「新版証拠法〔増補第3版〕」237頁1971、柳川重規「不任意に由来する自白及び証拠物」現代刑事法56頁2001、古江頼隆・註7の文献218頁

註16 この判断の枠組みと処理の仕方について、賛意を表するものとして参考文献Ⅴ177頁、批判的なものとして三井誠「不任意自白に基づいて得られた証拠の証拠能力」法学教室250号108頁2001、川崎英明「不任意自白に基づいて発見された証拠物」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕171頁1986

註17 川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻517頁1998は、いずれの場合も、端的に、違法手段と因果関係を有する証拠の証拠能力をどのような場合に否定するかを検討すべきであるとしています。

註18 田口守一・註8の文献362頁。中谷雄二郎調査官は、最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁の解説（最高裁判例解説刑事編平成6年度189頁）において、「同一目的・直接利用という密接な関連性を有する一連の手続を全体として評価しよう」としたのは、先行手続と後行手続とを一体とみなすことにより、先行の手続が後行する証拠収集手続に影響する理由を実質的に説明しようとしたものと述べています。

註19 朝山芳史・註11の解説51頁以下は、不可避的発見の法理を意識し、これを参考にしたと



みる余地があろうと述べています。

註20 堀江慎司「違法収集証拠の証拠能力」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕136頁2005

註21 池田公博「違法な手続または証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠の証拠能力」ジュリスト1338号215頁2007。和田雅樹「先行手続の違法と証拠能力(2)」参考文献Ⅲ200頁は、「昭和53年判決の示した2つの基準は、いずれも相対的な価値判断を伴う基準であり、結局は、違法収集証拠の証拠能力をみとめるかについては、総合的な利益衡量が求められることになるではなかろうか。」「『密接関連性』という表現にどの程度の意味があるかは不明であり、結局は、個別事案における比較衡量が求められることになると思われる。」とするが、本文で述べたような優先度を付けないのならば、曖昧な議論に終わってしまうのではないかと思います。

## 第四 自白法則と伝聞法則(Hear-Say Rule)との競合(図面Ⅲ,Ⅳの領域)

### 1 伝聞証拠と法廷外供述

法320条は、伝聞証拠の証拠能力について、これを原則として排斥する旨を定めた規定です。その例外については、法321条から328条までに規定されています。

法320条1項の文言に即すると、伝聞証拠は、「公判期日における供述に代わる書面および公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」ということとなります。田宮教科書では、「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのもの」とされています(参考文献Ⅰ363頁)。これに対し、平野説は、「供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述という過程をとる。この過程に誤がないかどうかは、反対尋問によってテストされなければならない。このテストを経ない供述証拠には、原則として証拠能力が認められない。このような証拠を伝聞法則という。」(参考文献Ⅳ203頁)とされます。公判廷における証人尋問では、①宣誓、②不利益をうける相手方の反対尋問、③供述態度の観察という利点があります。そのうち、②が現行法の当事者主義的性格をよく表し、かつ、憲法37条2項の証人審問権と整合性を保っております。そういう意味で平野説は、実質を鋭く捉えた定義です。田宮説と平野説の違いは、①例えば証人が主尋問後に死亡し反対尋問が行えなかった公判証言や②反対質問が奏功し得ない被告人の公判廷での供述は、前説であれば伝聞供述とならないが、後説では伝聞供述となり得ます。(参考文献Ⅰ364頁註1)。ここでは、法320条1項にできるだけ忠実という意味で田宮説に左袒しておきます。田宮説は、米国連邦証拠規則(Federal Rule of Evidence)にも準拠した定義となっております。以下に掲げておきます。

§801 (a) Statement. A “statement” is (1)an oral or written assertion or

(2)nonverbal conduct of a person ,if it is intended by him as a assertion.

(c) Hearsay. “Hearsay” is a statement ,other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing ,offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.

端的に申せば、伝聞証拠とは、法廷外供述（out of court statement）をいうことになります。

## 2 自白と伝聞証拠との競合

自白が法廷外でなされる場合には、伝聞証拠に当たりますので、法319条だけでなく、法322条、324条1項の適用もあります（参考文献Ⅰ344頁）。ちなみに、公判廷の自白の場合も、被告人は黙秘権をもち検察官の反対質問が機能し得ぬ以上は、伝聞証拠に類似しますが、現行法は、法311条2項、規則197条で証拠となり得ることを予定しています。

第二で述べた自白法則と違法収集証拠排除法則の関係は証拠排除する場合の競合の問題であったため、entweder A oder B の関係にありましたが、今度は、法廷外で供述を証拠として許容するための条件ですので、sowohl A als auch B の関係になります。

## 3 被告人の自白を含む第三者供述の証拠能力（再伝聞）

例えば、Y（ここでは被告人）が「自分は今朝Z宅に火炎瓶を投げて放火した。」という事実をXに伝え（第1伝聞過程）、Xがこれを検察官または司法警察職員に供述し（第2伝聞過程）、その供述録取書が作成されたとします。原供述者如何および法廷に提出される形態如何にかかわらず、およそ再伝聞の証拠能力を否定する考え方（繁田実造「再伝聞」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕172頁1992）もありますが、判例・通説は、再伝聞証拠の証拠能力を認め、再伝聞の各々の過程に321条ないし324条の要件が備われば、証拠能力を認める考え方（参考文献Ⅳ224頁）をとり、まず、第2伝聞過程に伝聞例外規定を適用し、これが認められたら、次いで第1伝聞過程にもう一度伝聞例外規定を適用し、これが認められれば、Xの供述は証拠能力を有するに至るとします。

上記の事例で述べれば、Xの供述録取書が法321条1項2号または3号の要件を満たすと、それはXの公判廷における供述と同等の資格を得ることになるから、その中に含まれるYの供述は、それが法324条1項（→322条1項）の要件を充足すれ

ば、証拠能力を取得します（最高裁昭和32年1月22日第三小法廷判決・刑集11巻1号103頁，河上和雄「再伝聞」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕194頁1986）。

しかし、これではあまりにも容易に証拠能力が認められることになるとして、Yの「そういう供述はしたという肯定・確認がない以上、Yの供述を内容とするXの供述調書に証拠能力を認めるべきでない」と主張があります。<sup>(註22)</sup>被告人が公判で否認していても、過去にそのようなことをXに話したことがあるかどうかの確認だから、意味は充分あると思います。傾聴に値する意見だと思いますが、判例・実務はそこまで要求していません。供述録取書に供述者の署名・押印が求められているからといって、原供述者にまで肯定・確認を証拠能力の要件として求めるのは論理に飛躍<sup>(註23)</sup>があると思います。

ちなみに、前記の事例で、数次の伝聞過程で伝聞例外規定を機械的に適用すると際限がなくなるとして、同じ条文は1回しか使用できないという学説があります（参考文献Ⅰ391頁，田口守一前掲402頁）。その1回ずつの意味ですが、X、Yがともに被告人以外の者であるとき、図示すれば下のチャートのようにになります。司法警察員調書（a）は使えないことになります。

a 警察官面前—X—Y—事実

b 検察官面前—X—Y—事実

a につき §321 I ③ と §324 II (§321 I ③)

b につき §321 I ② と §324 II (§321 I ③)

#### 4 第三者の伝聞供述を含む自白の証拠能力（公判における被告人の伝聞供述）

被告人の公判供述で、被告人以外の者の供述を内容とするものの証拠能力については規定がありません。結局、解釈に委ねられることになります。次の甲説が有力であり、筆者も支持したいと思います。

【甲説】 被告人に不利な内容の部分は、法322条1項，利益な内容の部分は、法321条1項3号〈324条2項経由〉を準用する。不利益な内容であれば、被告人のadmissionとして扱ってよいと思うからです。利益な内容のときは、法324条の準用となり、喚問不能，特信情況，不可欠性の3要件を必要とします（参考文献Ⅰ390頁，Ⅳ225頁，平場安治「刑事訴訟法講義」199頁1954）

【乙説】 被告人に不利益な内容の部分は、同意があったのと同じく証拠能力があり、利益な内容の部分は、法322条1項で特信情況のみを要件とします。前者については、被告人が自ら自己に不利益な伝聞供述をするのは、原供述者に対する反対尋問

権を放棄したものと見て差し支えないことを理由とします。また、後者については、検察官の反対尋問権と被告人の利益との権衡を考慮して1項の類推適用を認めます（江家義男・前掲142頁，高田卓爾「刑事訴訟法」226頁1971）。

〔丙説〕 被告人に不利益な伝聞供述については被告人の反対尋問権の放棄があったものとして証拠能力を認め、被告人に利益なものについては検察官の同意のない限り証拠能力を否定すべきであるとし、無条件に証拠能力を認める見解です（小野清一郎ほか「ポケット注釈全書刑事訴訟法」744頁1966）。

〔丁説〕 法320条は、主として被告人の反対尋問権を保障した規定であるから、被告人の供述には324条の適用はないとし、無条件に証拠能力を認める見解です（栗本一夫「改訂新刑事証拠法」134頁1950）

註22 参考文献Ⅴ2427頁，鈴木茂嗣「刑事訴訟法〔改訂版〕」213頁1990，松尾浩也「刑事訴訟法下〔補正第二版〕」前掲68頁1999

註21 古江頼隆・註7の文献262頁

## 第五 自白法則といわゆる共犯者の自白

いわゆる共犯者の自白は、本来の自白ではありません。ここは、しっかりと押さえておかねばならない点です。田宮教科書も、X、Yが強盗の共同正犯として起訴され、Xは否認したが、Yは「Xと一緒にやった」と供述したとしましょう。このYの「Xもやった。」という部分の供述は、Yの自白でもなければ、ましてXの自白でもありません。そこで問題は、Yの供述をXに対して使うときは、Y本人に対して使うとき（これは自白である）に準じて補強証拠が必要かということになります。その意味で、自白でないものに自白の規定を準用するという法解釈の問題であることをまず理解すべきです（文献Ⅰ358～359頁）。

共犯者の自白は、例えば松川事件や八海事件などで主犯は終始否認、共犯者が自白という形の中で、有罪か無罪かを巡りその証拠能力および信用性が長く激しく争われました。後記2の問題はどの書物にも出てきますが、後記1の問題も重要であると考えられます。

### 1 共犯者の自白と法319条1項の「任意性」

共犯者の自白にも、法319条1項の任意性を要求すべきか、という問題です。これは、325条のいう任意性ではありません。第一で述べた意味のハイ・コリテーの

任意性を指します。違法排除説と虚偽排除説に分けて構成してみます。

【甲説】 共犯者にとって虚偽のおそれのあるものは、本人にとっても虚偽のおそれがあるのだから、任意性を必要とするという考え方です（松尾浩也「刑事訴訟法下〔新版補正第二版〕」32頁1999）

松尾教科書は、「BがAと一体的な犯罪を供述している場合には、B自身に対する関係で供述の任意性が要求されるが（法322条1項・319条）、Aに対する関係でも、任意性に疑いのある供述調書は採用できないと解釈すべきであろう。虚偽のおそれがあるとして排除されるべき証拠を、他の被告人に対して許容するのは当を得ないからである。」とします。

【乙説】 Aにとって違法なものは、Bにとっても違法であるから、違法排除説に立っても、法319条1項の任意性は必要ということになります（参考文献Ⅰ389頁）。

Bにとって違法なものは、丙説をとらない限り、他の被告人にとっても排除されるべきだからです。最高裁は、ロッキード事件の嘱託証人尋問調書について、刑事免責を与えたコーチャン、クラッターの米国における証人尋問調書をわが国のいわゆる丸紅ルート関係の共犯者の関係でも証拠能力を認めませんでした（最高裁平成7年2月22日大法廷判決・刑集49巻2号1頁、参考文献Ⅲ151頁）。

【丙説】 違法収集証拠排除法則の適用とも共通する問題ですが、Aにとって違法であるなら、Aの手続でのみ排除すればよい。Bにとっては、Aの違法は主張できないという考え方です（Standingの理論）。

証拠排除は権利侵害を受けた者の一身上の権利（personal right）あるいは証拠上の特権であるという立場に立てば、申立て資格は本人に限るということになります（参考文献Ⅱ614頁27（2）問）。

しかし、このような理解は、証拠排除の問題を当事者ないし当該事件としてのみ処理しようとするもので妥当でないと思われます。任意性における違法排除あるいは違法収集証拠排除法則の根拠が単なる私権の保護に止まらず、司法の無瑕性ないし違法捜査の抑止にあるとする立場に立てば、自己が権利侵害を受けた場合に限らず、その排除を申し立てる資格を制限すべきでないという結論になるでしょう。厳格にスタンディングの要件を審査する必要があるという説は少なく、申立人と違法捜査との関係は総合判断の一要素と考えればよいと言うのが多数説です。<sup>（註24）</sup>

## 2 共犯者の自白と補強法則（法319条2項）

### （1）共犯者の自白に補強証拠は必要か

英米法では、共犯者の警告（accomplice warning）という制度があり、陪審は、補強証拠なしにそれだけで被告人を有罪とすることは危険である旨の周到的説示を受けるといいます。イギリスでは、このような警告の懈怠は違法であるから判決は原則として破棄されます。アメリカでは制定法によって共犯者の供述には補強証拠を不可欠とされる法域が多いと言われています。小早川義則教授によれば、このような英米の法制は、自白における補強法則とは歴史的沿革を全く異にし、イギリス古法の「共犯者告発」（approvement）なる制度に由来していて、これは共犯者に免責という好餌の下に、他の共犯者（主に主犯）を明らかにさせ、その共犯者が有罪になれば告発者を無罪放免させることから、これが濫用され、訴追の全面的免除を得るために偽って無実の人を自己の犯罪に引きずり込む危険があったのです。そこで、この危険を避けるために、共犯者の供述には補強証拠が欠かせず、しかも、それは被告人と犯人との結びつきについてまで必要とされるに至りました。<sup>(註25)</sup>

このような背景を踏まえつつ、学説および判例をみていきましょう。共犯者の自白が憲法328条3項にいう「本人の自白」に含まれるか。すなわち、共犯者の自白にも補強証拠を必要とするかについて、学説は別れています。最高裁は紆余曲折の末、次の乙説を採用しました。<sup>(註26)</sup> 共犯者と雖も被告人以外の者であり法321条と322条の取扱いの区分などからすると、乙説が正しいということになりましょう。最高裁もいわゆる練馬事件判決（最高裁昭和33年5月28日大法廷判決・刑集12巻8号1718頁）でこの立場を明らかにしました。

【甲説】 共犯者の自白にも補強証拠を必要と解する考え方です。

①自白偏重防止の観点から、本人の自白と共犯者の自白との間に区別はないこと、②誤判の危険性の観点からすれば、共犯者の自白の方がむしろ危険であること、③自白した者が無罪となり、否認した者が有罪となる非常識な結論が生じることなどを根拠とします（団藤重光「新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕」285頁1966）。この考え方は、英米法の行き方を参照しながら、できるだけ、これに近い取扱いをわが憲法38条3項の解釈に持ち込もうと意図するものにほかなりません。

【乙説】 共犯者の自白には補強証拠を不要とする考え方です。

①自白に補強証拠を必要とするのは、自白が反対尋問を経ないにも拘わらず証拠能力が認められるからであり、共犯者に対しては、被告人は反対尋問を行い得るのであるから、被告人の場合と同一視することはできないこと、②自白した者が無罪となり、否認した者が有罪となるのは、自白が反対尋問を経た供述より証明力が弱い以上、当然のことであって、決して不合理ではないことなどを根拠に挙げます（参

考文献Ⅳ233頁)。

しかし、この説の主唱者平野教授は、①最高裁がこの立場に踏み切った以上、証人が証言を拒否したときは、供述することができないときに当たり、その調書は321条で証拠にとれるという判例（最高裁昭和27年4月9日大法廷判決・刑集6巻4号584頁）を変更しなければならない、②共犯者の証言が証拠にとれるのは、共犯者が自ら進んで証人となり、または被告人として十分に反対質問に答えた場合か、あるいは、既にその有罪が確定して黙秘権が消滅した場合に限られる、の二つの要求をしていることに注意しなければなりません。<sup>(註27)</sup>

〔丙説〕 共犯者の自白が公判廷の自白の場合は補強証拠を不要と解し、公判廷外の自白の場合には補強証拠を必要とする考え方です（参考文献Ⅰ360頁）。

## （2）共犯者の自白の補強証拠能力

共犯者の自白（正確には供述）については、①被告人の自白の補強証拠となるか、②共犯者2名以上のいわゆる自白を相互に補強証拠として被告人を有罪にできるかという問題があります。（1）で消極説をとる判例は、当然のコロラリーとして、①につき最高裁昭和23年7月19日大法廷判決・刑集2巻8号952頁、②につき最高裁昭和51年10月28日第一小法廷判決・刑集30巻9号1859頁で積極説を採用しました。<sup>(註28)</sup>（1）で積極説をとる甲説も、前述のように補強の要否の限度で共犯者の自白が本人の自白に準ずるだけで、「本人の自白」になってしまうわけではないから、定型的な誤判の危険が解消されるという理由で積極説をとっております（最高裁51年判決における団藤重光裁判官の補足意見）。<sup>(註29)</sup>

## 3 共犯者の自白における伝聞法則と違法収集証拠排除法則との競合 （図面Ⅴの領域）

共犯者の自白が捜査段階で採取され、供述調書が作成された場合は、法321条1項2号ないし3号書面となります。その際、違法に供述が採取されれば、違法収集証拠排除法則との競合が生じますが、第二2ないし5で論述したところと同様の考え方で処理してゆけばよいと思います。

註24 笠井治「違法収集証拠と申立（主張）適格」新実例刑事訴訟法Ⅲ109頁1998、松尾浩也「刑事訴訟法Ⅱ」281頁1992、長岡哲次「違法に収集した証拠」刑事訴訟法の争点〔新版〕222頁1991、時武英男「違法に収集した証拠の証拠能力」刑事訴訟法の争点230頁1979、大谷直人「違法に収集した証拠」刑事訴訟法の争点〔第3版〕197頁2002

- 註25 小早川義則「共犯者の自白」刑事訴訟法の争点214頁1979
- 註26 判例は、はじめ共犯者の自白は被告人の自白でないとしましたが（最判昭和23年2月27日裁判集2巻27頁）、その後「共同審理を受けた共同被告人の供述は、それぞれの被告人の供述たる性質を有するものであってそれだけでは完全な証拠能力を有しない、いわば半証拠能力（ハーフ・プルーフ）を有するにすぎざるもの」としました（最判昭和24年5月18日裁判集3巻734頁）。しかし、再度、本文掲記の練馬事件判決で共同被告人たる共犯の自白は、本人の自白ではないとするに至りました。
- 註27 平野龍一「共犯者の自白」判例百選〔第2版〕194頁1965
- 註28 中野目善則「共犯者の自白」参考文献Ⅲ172頁、小早川義則「共犯者の自白と補強証拠」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕176頁1986
- 註29 参考文献Ⅴ264頁は、共犯者自白の補強証拠能力に関し、①につき積極説をとりながら、②については、他人を自己の犯罪に引っ張り込むという共犯者の自白の危険性に着目すれば、消極説が論理的とします。同旨、松本一郎「事例式演習教室刑事訴訟法」186頁1987。井戸田侃「刑事訴訟法要説Ⅱ」102頁1967は、（1）、（2）とも消極説をとっています。共犯者の自白をいくら重ねても信用性を増すことにはならないという理由です。

## おわりに

証拠法則は、冒頭に述べたように、刑事訴訟法のいわば命です。学生諸君は、今一度基本に立ち帰って、参考文献ⅠとⅣを読み直し証拠法の考え方のコツを掴んで欲しいと思います。平野・田宮両教授は、いずれも、アメリカ法を自家薬籠中のものとして、わが国刑事訴訟法の理念と解釈を確立した学者です。両教科書は、読み返すたびに教えられる、まさに含蓄のある著作です。

### 【参考文献】

- I 田宮裕 「刑事訴訟法【新版】」1996
- II 井上正仁ほか「ケースブック刑事訴訟法【第3版】」2009
- III 井上正仁ほか「刑事訴訟法判例百選【第9版】」2011
- IV 平野龍一「刑事訴訟法」（法律学全集）1958
- V 光藤景皎「口述刑事訴訟法（中）」1992
- VI 石井一正「自白の証拠能力」刑事公判の諸問題405頁1989
- VII 大谷剛彦「自白の任意性」新実例刑事訴訟法137頁1998
- VIII 小林充 「自白法則と証拠排除の将来」現代刑事法38号58頁2002
- IX 高木俊夫「証拠排除のあり方―供述証拠と証拠物の場合―」現代刑事法55号38頁2003
- X 関口和徳「自白排除法則の研究（1）～（8）」北大法学論集59巻2号171頁、3号1999頁、5号59頁、60巻6号91頁、62巻1号25頁、3号49頁、5号91頁 2008～2011